CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JOSEPH GAND presentadas el 10 de junio de 1970 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

Los recursos interpuestos por la sociedad neerlandesa ACF Chemiefarma con el número 41/69 y por las sociedades alemanas Buchler y Boehringer Mannheim, con los números 44/69 y 45/69, respectivamente, llevarán a este Tribunal de Justicia a pronunciarse por primera vez sobre una Decisión mediante la cual la Comisión de las Comunidades Europeas, después de haber comprobado que ciertas empresas han infringido el artículo 85 del Tratado de Roma, les impone una multa.

Esto indica la importancia de la sentencia que este Tribunal se dispone a dictar. Primeramente, desde el punto de vista jurídico, porque el Tribunal de Justicia deberá precisar los requisitos de procedimiento de las Decisiones de esta naturaleza, determinar si, y en qué plazo, prescriben las infracciones en materia de competencia, pero también porque, habida cuenta de la competencia jurisdiccional plena que el artículo 17 del Reglamento nº 17 del Consejo atribuye a este Tribunal, éste debe conocer del litigio en su totalidad, de modo que posee plena facultad de apreciación respecto a los antecedentes de hecho, y, con arreglo a la opinión que forme acerca de la existencia de las infracciones que se imputan y a su gravedad, tendrá la facultad de mantener, suprimir o reducir la multa o, en su caso, aumentarla. Añadiré que esta importancia no es menor en la práctica debido al elevado importe de las multas que impone la Decisión impugnada.

Ya que los informes para la vista exponen de modo muy completo los hechos en que se basó la Decisión, me limitaré a recordar brevemente el origen del litigio. A principios de 1967 llegaron a poder de los servicios de la Comisión ciertos documentos e informaciones, de origen americano, sobre las actividades de la práctica colusoria internacional de la quinina constituida entre la empresa NV Nederlandsche Combinatie voor de Chemische Industrie –generalmente conocida con el nombre de Nedchem y actualmente denominada Chemiefarma–, las sociedades Boehringer Mannheim y Buchler, un grupo de tres empresas francesas y dos inglesas, Carnegies y Lake and Cruickshank. Dichos servicios, en julio y noviembre de 1967, llevaron a cabo verificaciones en las circunstancias previstas en el artícu-

* Lengua original: francés.

lo 14 del Reglamento nº 17, en las seis empresas que tenían su domicilio social en el mercado común; también se efectuaron verificaciones en empresas belgas e italianas compradoras de quinina. En vista del resultado de las diversas operaciones, la Comisión inició un procedimiento de oficio, y dirigió a las empresas un pliego de cargos el 30 de julio de 1968. Estas presentaron observaciones escritas y fueron oídas los días 11 y 12 de febrero de 1969. Más tarde, cuando el Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes hubo emitido su dictamen, la Comisión adoptó la Decisión impugnada que se publicó en el Diario Oficial de 5 de agosto de 1969 (L 192, pp. 5 y ss.).

La exposición de motivos de dicha Decisión está estructurada en cuatro partes. La Comisión recuerda primeramente las fases sucesivas de la conclusión y de la aplicación de los diferentes acuerdos celebrados entre las empresas (I). A continuación señala que dichos acuerdos tuvieron como objeto y como efecto restringir el juego de la competencia dentro del mercado común mediante distintos métodos que enumera (fijación de los precios de venta de la quinina y de la quinidina - reparto de mercados - fijación de cuotas de entrega y de un mecanismo de compensación entre las cantidades entregadas - limitación de la fabricación de la quinidina), que tales acuerdos podían afectar al comercio entre los Estados miembros, y que se incluyen en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 (II). Por el contrario, al no haber sido notificadas a la Comisión antes del 1 de noviembre de 1962, no pueden beneficiarse de las disposiciones del apartado 3 del mismo artículo (III). Para terminar, la Comisión enuncia la posibilidad de imponer sanciones a las empresas por las infracciones cometidas entre el 13 de marzo de 1962 y principios de febrero de 1965, fecha que le parece indicar el fin de la actividad de la práctica colusoria, y expone las razones que le llevan a fijar distintos importes en las sanciones que impone según los interesados (IV).

Basándose en estos fundamentos, la Comisión declara en el artículo 1 de su Decisión, que las empresas acusadas infringieron, hasta principios de febrero de 1965, las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, al haber concluido y aplicado el acuerdo sobre las exportaciones de 8 y 14 de julio de 1959, los acuerdos adicionales de 1960, los gentlemen's agreements de 9 de abril de 1960, así como otros acuerdos que ejecutaban o completaban los anteriores. Les impone, en el artículo 2, multas cuya cuantía se escalona de 210.000 a 10.000 unidades de cuenta.

Las tres empresas francesas, con diferencia las menos importantes y las menos severamente sancionadas, aceptaron la Decisión de la Comisión. No fue el caso de Chemiefarma, de Buchler y de Boehringer, que interponen ante este Tribunal un recurso que tiene por objeto anular la Decisión de 16 de julio de 1969 en la medida en que a ellas se refiere y, en el contexto de su competencia jurisdiccional plena, suprimir o reducir la multa que se les impuso.

Si las pretensiones son idénticas, los motivos alegados por las demandantes y la

argumentación en la que se basan son también en muchos puntos esencialmente los mismos. Por otro lado, un auto de 9 de abril de 1970 acumuló los tres asuntos a efectos de la fase oral. Me permitiré, por lo tanto, presentar a su respecto conclusiones comunes mencionando, en su caso, los aspectos particulares sobre cada cuestión que hayan resaltado una u otra de las partes demandantes.

Examinaré los diversos motivos alegados en el orden que sigue, que he adoptado en parte por comodidad y en parte por lógica:

- La competencia de la Comisión.

- El procedimiento que siguió y la fundamentación de la Decisión impugnada, es decir, su regularidad formal.

- La existencia de una infracción de las normas de competencia, lo cual constituye el punto central del debate.

- La posibilidad de imponer una multa a las empresas y la justificación de su cuantía. A pesar de su prioridad desde el punto de vista lógico, examinaré la cuestión de la prescripción sólo en ese momento, ya que, de hecho, está relacionada con la fecha en que las supuestas infracciones terminaron.

I. La competencia de la Comisión

Este motivo fue alegado únicamente por Chemiefarma (41/69). Dicha empresa sostiene que la Comisión era incompetente porque las prácticas colusorias se notificaron al Bundeskartellamt y al Ministerie van Economische Zaken (Ministerio de Economía neerlandés) sin que éstos expusieran ninguna objeción. La demandante solicita a este Tribunal que examine en qué medida los artículos 88 y 89 del Tratado, y en su caso, el Reglamento nº 17, deniegan efectivamente a la Comisión la facultad de apreciar las prácticas colusorias notificadas de este modo.

La respuesta me parece simple. En primer lugar, desde la entrada en vigor el 13 de marzo de 1962 del Reglamento nº 17, es éste el que delimita las respectivas facultades de la Comisión y de las autoridades nacionales para aplicar el artículo 85 del Tratado. A tenor del apartado 3 del artículo 9 de dicho Reglamento, la competencia de los Estados miembros sólo subsiste mientras la Comisión no haya iniciado procedimiento alguno en aplicación de los artículos 2, 3 o 6 del mismo. Es, por lo tanto, subsidiaria en relación a la de la Comisión, y la circunstancia de que no haya hecho uso de ella en un caso determinado no puede tener como consecuencia sustraer la práctica colusoria al control de las autoridades comunitarias. Se sabe, por otra parte, que los gentlemen's agreements que constituían la pieza esencial del dispositivo dentro del mercado común no fueron notificados -por buenas razones- ni a las autoridades neerlandesas, ni al Bundeskartellamt. El motivo, por lo tanto, no debe ser acogido.

II. Motivos relativos al procedimiento y a la forma

Los examinaré con mayor detenimiento. En efecto, como es natural a causa de la nove-

dad y la importancia de la materia, sobre la que ni existe aún jurisprudencia, ni tan siquiera se ha establecido práctica administrativa alguna, se pueden plantear aquí numerosas cuestiones, y de hecho las partes demandantes las han planteado. Aun a riesgo de no ser breve, es necesario proporcionarles respuestas precisas, no sólo a efectos de resolver el asunto que nos ocupa, sino también para definir el marco en el que la Comisión puede actuar.

La normativa aplicable es el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962 (DO 1962, 13, pp. 204; EE 08/01, p. 22), y el Reglamento de aplicación nº 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963 (DO 1963, 127, p. 2268; EE 08/01, p. 62), adoptado en conformidad con el artículo 24 del Reglamento anterior. En la mayoría de los puntos, los motivos expuestos critican el modo en que dicha normativa se aplicó a este caso; en ocasiones las demandantes –en particular, Chemiefarma– también discuten la legalidad de ciertas disposiciones de los Reglamentos, o invocan principios generales de procedimiento que pretenden deducir, ya del Derecho del conjunto de los Estados miembros, ya del Derecho interno de uno de ellos.

Durante el examen de estos distintos motivos, cuya clasificación no siempre resulta fácil, seguiré el desarrollo de las sucesivas fases del procedimiento: pliego de cargos y audiencia de los interesados – acta de dicha audiencia – dictamen del Comité Consultivo – adopción de la Decisión por el colegio de Comisarios – y, para terminar, los motivos sobre la fundamentación de dicha Decisión.

A. *Pliego de cargos y audiencia de los interesados*

El artículo 19 del Reglamento nº 17 dispone que, antes de tomar sus Decisiones, en particular las establecidas en los artículos 3 y 15, mediante las que ordena a las empresas el cese de las infracciones o les impone multas, la Comisión da a los interesados la oportunidad de dar a conocer sus puntos de vista en relación con los cargos que formula en contra de ellos. Éste es el punto principal sobre el que las demandantes alegan la violación del derecho de defensa.

1. En primer lugar, critican en términos bastante similares la falta de precisión o el carácter incompleto del pliego de cargos. Dicho documento, prácticamente idéntico para todas las empresas implicadas, se compone de unas cincuenta páginas; las empresas se quejan de que no indicara con detalle los hechos a los que la Comisión se refería ni sus medios de prueba.

Por otro lado, después de esta comunicación, solicitaron, de varios modos, tener acceso al expediente de la Comisión; si bien ésta denegó el acceso a su totalidad, permitió, sin embargo, que consultaran los documentos mencionados en el pliego de cargos. A excepción de Boehringer, las empresas hicieron uso de esta posibilidad que se les ofrecía. Hoy sostienen ante este Tribunal que en ello hubo violación del derecho de defensa, y que hubiera debido permitírseles el acceso a todos los documentos contenidos en el expediente, tanto más cuanto que el procedimiento iniciado podía llevar a la imposición de una multa.

Más concretamente, critican los resultados de las investigaciones llevadas a cabo en las empresas italianas y belgas, que la Comisión ha adjuntado a su escrito de contestación, pero que no les fueron comunicados en su momento. Dichas investigaciones se mencionan en la página 1 del pliego de cargos: «Se procedió, además, a efectuar verificaciones en empresas italianas y belgas». Su resultado se recoge en la página 37 del mismo documento en los términos siguientes: «Los participantes de la práctica colusoria aplicaron de modo uniforme los precios acordados dentro del mercado común, por un lado a las exportaciones a países sin producción nacional de quinina, a saber, Bélgica, Luxemburgo e Italia [...]».

Para responder a estas críticas en sus varios aspectos, debe tomarse una decisión sobre el carácter del procedimiento ante la Comisión y sobre el alcance del «derecho de defensa» que las empresas pueden reclamar en esta fase.

Este Tribunal ya tuvo que aplicar el artículo 19 del Reglamento nº 17 en el asunto Gründig y resolvió que el procedimiento ante la Comisión es un procedimiento *administrativo* que implica que los interesados deben poder presentar previamente sus observaciones sobre los cargos que la Comisión estima deber formular contra los mismos, que, a estos efectos, deben ser informados de los elementos de hecho sobre los que dichas reclamaciones se basan, y que, sin embargo, no es necesario que les sea revelada la totalidad del expediente.

Dicha sentencia se dictó en un asunto en el que sólo se debatía la aplicación del artículo 85 del Tratado, pero la solución sirve también, parece ser, cuando la Comisión impone multas a tenor del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17. Independientemente de la Decisión que la Comisión adopte (orden de cese de la infracción - Decisión que concede la aplicación del apartado 3 del artículo 85 - multa), ésta siempre actúa en calidad de autoridad administrativa y el procedimiento establecido por los Reglamentos nºs 17 y 99/63 es prácticamente idéntico en todos los casos.

Siendo así, la lectura del pliego de cargos muestra que están claramente indicados los hechos que, según la Comisión, son constitutivos de la infracción de que se acusa a los demandantes; en particular, demuestra que hasta principios de 1965 continuaron aplicando una política común de precios y comunicándose información sobre sus ventas en vistas a una posible compensación; que prolongaron de este modo su práctica colusoria con posterioridad a 1962 dentro del mercado común. Me parece que tales indicaciones informan sin equívoco a las empresas de lo que se les acusa y les capacita para que definan su postura al respecto.

Queda por resolver una cuestión más concreta, a saber, si las empresas, que no tenían derecho a que se les comunicara el expediente en su integridad, podían exigir que entonces se les comunicaran los resultados de las verificaciones llevadas a cabo en las empresas italianas y belgas. En mi opinión, la respuesta debe ser negativa, ya que el

«cargo» y los «elementos de hecho» sobre los que se basa –por citar los términos de la sentencia Gründig– es haber restringido la competencia al aplicar uniformemente los precios comunes a las exportaciones destinadas a Bélgica e Italia. Este punto, como he dicho, se comunicó a las empresas las cuales podían discutirlo y explicarse a su respecto, aunque no fuera más que indicando en sus observaciones escritas las transacciones efectuadas y sus circunstancias. En cuando a los resultados de las verificaciones realizadas, constituyen *elementos de prueba;* como tales, y si la Decisión se impugna, deben comunicarse en el transcurso del proceso judicial, pero no me parece que estén comprendidos en las disposiciones del artículo 19 del Reglamento nº 17. Debe, por tanto, desestimarse el motivo.

Chemiefarma alegó otros motivos sobre la regularidad del procedimiento en esta fase:

2. La Comisión estableció las modalidades de la audiencia de los interesados en su Reglamento nº 99/63, tal y como el artículo 24 del Reglamento nº 17 del Consejo le habilitaba a hacer. La demandante duda que esta delegación fuera regular, ya que «dichas actividades son legislativas y no ejecutivas»; sería por ello contraria tanto al artículo 87 como a las disposiciones del artículo 155 en relación con las del artículo 4 del Tratado; además, no se consultó al Parlamento Europeo sobre la cuestión de si era posible y deseable que el Consejo delegara sus facultades en esta materia.

No parece que el motivo deba acogerse.

Si bien el artículo 87 encarga al Consejo adoptar «los Reglamentos o Directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 85 y 86», ello no significa que dicha Institución, después de haber adoptado las normas generales en esta materia, no pueda delegar en la Comisión la facultad de adoptar las medidas necesarias para ejecutar dichas normas. Es exactamente la idea expresada por el artículo 155 del Tratado, cuando dice que la Comisión «ejercerá las competencias que el Consejo le atribuya para la ejecución de las normas por él establecidas», ya que este artículo no excluye que dicha competencia pueda ejercerse en materia reglamentaria. En otras palabras, si bien el Consejo no puede descargar en la Comisión la tarea de determinar los principios que rigen una materia cualquiera, nada se opone a que le encargue precisar las modalidades de aplicación de estos principios.

De hecho, el artículo 19 del Reglamento nº 17 reconoce el derecho de las empresas a dar a conocer sus puntos de vista antes de que la Comisión adopte cualquier Decisión que las afecte, y regula de este modo la cuestión esencial: el principio del derecho de defensa. Si esto se acepta, las modalidades de audiencia definidas por la Comisión en el Reglamento nº 99/63, por importantes que sean, sólo constituyen una medida de *ejecución* de la norma adoptada por el Consejo. Además, los trabajos preparatorios del Reglamento nº 17 demuestran que el texto que fue objeto de un dictamen favorable del Parlamento, contenía una disposición similar a la que figura en el artículo 24. Por lo tanto, la excepción de ilegalidad propuesta contra este artículo por la demandante no es procedente.

3. Esta misma demandante propone otra excepción de ilegalidad, esta vez contra el apartado 1 del artículo 9 del Reglamento nº 99/63, según el cual «las audiencias se efectuarán por las personas que la Comisión designe a estos efectos». Dicha disposición contravendría el principio general de la continuidad en la composición del órgano administrativo al que se le ha sometido un asunto que podría dar lugar a una sanción.

¿Pero existe un principio tan rígido, en un ámbito que depende sobre todo de la organización práctica? Es muy dudoso. La instrucción de un asunto administrativo –sobre todo cuando es tan complejo como el que nos ocupa– supone necesariamente la colaboración de cierto número de funcionarios, que actúan unas veces solos y otras en equipo. Es imposible delimitar desde el exterior el trabajo de cada uno, o exigir que todos participen en el conjunto de las tareas. Es un asunto de la organización interna de los servicios cuya determinación corresponde a la Comisión en el marco de sus responsabilidades. Y esto es así incluso cuando el procedimiento iniciado pueda dar lugar a multas, ya que a pesar de ello sigue manteniendo su naturaleza administrativa.

4. Chemiefarma alega aun la transgresión de un principio general del Derecho, según el cual el órgano administrativo encargado de un procedimiento tendría la obligación de corregir junto con los interesados las imprecisiones, «hacer completar los argumentos insuficientes», y permitir a los interesados que se expresaran sobre todos los elementos esenciales del asunto. Afirma que, en este caso, al no haber tenido en cuenta las observaciones presentadas por la demandante en su respuesta al pliego de cargos, la Comisión permitió que en su Decisión permanecieran ciertas inexactitudes que Chemiefarma enumera.

Si ésta pretende presentar nuevamente bajo otro aspecto el motivo que se basa en la violación del derecho de defensa, basta con responderle que sí que se respetó. Si, a pesar de ello, subsisten ciertas inexactitudes en la Decisión impugnada, lo que está en juego ya no es la regularidad del procedimiento, sino el fondo mismo, y corresponde a este Tribunal ver si ello afecta a su validez.

B. *Acta de la audiencia de las partes*

A tenor del apartado 4 del artículo 9 del Reglamento nº 99/63: «Las declaraciones esenciales de cada persona oída serán consignadas en un acta a la que esa persona dará su conformidad tras haberla leído.» De hecho, durante las audiencias de 11 y 12 de febrero de 1969, se acordó que el acta se redactaría y enviaría inmediatamente a los interesados para que la rectificaran en su caso y la aprobaran. No se envió a las empresas hasta el 10 de junio rogándoles que hicieran llegar sus observaciones en un plazo de tres semanas: Buchler respetó dicho plazo, Boehringer obtuvo una prórroga hasta el 7 de julio y Nedchem no se manifestó.

Sin embargo, es ésta la que, en el recurso 41/69, acusa a la Comisión de haber ignorado el apartado 4 del artículo 9 del Regla-

mento al dejar pasar un lapso de tiempo demasiado largo entre la audiencia y el envío del acta, al darle un plazo insuficiente para presentar sus observaciones y al no obtener su aprobación del texto. Sean cuales sean las dificultades que la redacción del proyecto de acta haya podido presentar, es extraño que necesitara cuatro meses, pero en dicho retraso no hay nada que pueda perjudicar a los interesados. Dicho esto, el plazo de tres semanas que se concedió para aportar rectificaciones parece suficiente. La demandante, que no propuso ninguna enmienda, ni solicitó una prórroga del plazo para hacerlo como hizo Boehringer, no debe quejarse de que el tiempo que se le concedió fuera insuficiente ni acusar a la Comisión de no haber obtenido su aprobación.

Esta misma demandante señala, además, que el texto del acta no se le comunicó más que en alemán y en francés y no en su lengua nacional, el neerlandés, lo que significa una violación del principio de igualdad de lenguas establecido en el artículo 217 del Tratado y en el Reglamento nº 1 del Consejo.

En este punto, la Comisión se declara culpable. Reconoce haber cometido por inadvertencia un error que hubiera subsanado de habérselo indicado la empresa. Pero, según la Comisión, este error no impidió que la demandante tuviera suficiente conocimiento mediante la versión alemana del proyecto de acta, y no alteró su derecho a recurrir en vía jurisdiccional. Esta opinión parece tanto más fundada cuanto que la norma alegada por Chemiefarma no es de orden público, y que al no solicitar que se le comunicara una versión en lengua neerlandesa, renunció implícitamente a oponer dicha norma. Por consiguiente, debe desestimarse este motivo.

C. *Procedimiento ante el Comité Consultivo*

Este órgano, instituido por el artículo 10 del Reglamento nº 17 para colaborar con las autoridades de los Estados miembros, debe ser consultado con anterioridad a la adopción de la mayoría de las Decisiones de la Comisión en el ámbito de los artículos 85 y siguientes, en particular antes de imponer multas. Está compuesto por funcionarios competentes en materia de prácticas colusorias y posiciones dominantes, y cada Estado designa un funcionario que le represente y que puede ser sustituido por otro en caso de impedimentos. Se consulta en el transcurso de una reunión conjunta a iniciativa de la Comisión, celebrada no antes de 14 días desde el envío de la convocatoria. A ésta se deben adjuntar una exposición del asunto, con indicación de los documentos más importantes, y un anteproyecto de Decisión para cada caso que se examine. El resultado de la consulta se hace constar en un acta escrita que se adjunta al proyecto de Decisión, pero que no se hace público.

Chemiefarma, que considera al Comité Consultivo «una institución oscura e híbrida», expresa sus dudas sobre la cuestión de si las disposiciones previstas aseguran suficientes garantías jurídicas (por ejemplo, no existe ninguna garantía de unidad y de continuidad en su composición). Sin embar-

go, no parece que mantenga formalmente que el artículo 10 sea ilegal debido a sus deficiencias.

Por el contrario, las tres demandantes coinciden en mantener que de hecho el Comité estaba insuficientemente informado cuando emitió su dictamen:

- porque no tuvo en sus manos el acta definitiva de las audiencias, sino únicamente un acta provisional que requería modificaciones sustanciales (recursos 41/69, 44/69 y 45/69);

- porque el anteproyecto de Decisión que se le presentó no indicaba la cuantía de las multas que se preveían (recursos 41/69 y 45/69);

- porque no dispuso de un plazo suficiente para estudiar el asunto que se le había sometido (recurso 41/69).

Las partes también solicitaron que se exigiera a la Comisión que presentara el expediente completo que se sometió al Comité Consultivo. Este Tribunal renunció a dicha presentación después de que el Agente de la demandada enumerara los documentos que lo componían, pero, a petición de este Tribunal, indicó seguidamente en qué circunstancias el Comité tuvo conocimiento de la cuantía de las multas previstas. Deberé considerar el valor de las justificaciones aportadas.

La Comisión estima que este motivo no puede acogerse porque el Comité Consultivo está destinado a asegurar la colaboración con los Estados miembros y no a garantizar a las empresas la protección de sus derechos. Las demandantes, en consecuencia, no estarían en situación de impugnar el procedimiento seguido ante el Comité «ya que ello corresponde a la competencia exclusiva de éste». Esta objeción no es pertinente, aunque sólo sea porque no está claro cómo dicho órgano podría impugnar una Decisión adoptada contra una empresa por el hecho de haber sido consultado irregularmente. Por el contrario, no puede excluirse que la omisión o cumplimiento irregular de un requisito formal del procedimiento o de la consulta de un órgano previstos en una norma antes de adoptar una Decisión puedan constituir en ciertos casos un vicio sustancial de forma que implique la ilegalidad de la Decisión.

En este caso, sin embargo, el motivo no parece procedente.

- En primer lugar, no se discute que el Comité Consultivo sólo dispuso de un texto provisional del acta que no incluía las modificaciones propuestas por Buchler y Boehringer; pero esto sólo constituiría un vicio de procedimiento capaz de afectar a la Decisión impugnada si la versión comunicada al Comité le presentara una visión inexacta de las declaraciones de los interesados. Ciertamente ese no fue el caso. Durante la audiencia, el Agente de la Comisión indicó a este Tribunal a título de ejemplo las rectificaciones que habían sido solicitadas por Buchler; dichas rectificacio-

nes son poco importantes. En los autos del presente asunto figura el proyecto de acta y el acta definitiva con todas las modificaciones solicitadas por las diversas empresas. La comparación de estos dos documentos revela que, si bien existían en el texto original inevitables errores de detalle, éstos no afectaban al fondo. Además, según el apartado 4 del artículo 9 del Reglamento nº 99/63, lo que debe constar en el acta son las «declaraciones esenciales» de las personas oídas. En consecuencia, el Comité Consultivo no recibió una información inexacta sobre este punto.

– ¿Qué ocurre, por otro lado, con las informaciones de que dispuso el Comité sobre la cuantía de las multas previstas? La Comisión sólo abordó esta materia en los escritos en términos ambiguos, afirmando que había elegido un procedimiento que evitaba que dicha cuantía se divulgara anticipadamente. Los documentos que ha presentado últimamente permiten hacerse una idea más precisa de la situación. Al mismo tiempo que el anteproyecto de Decisión enviado el 30 de mayo de 1969, mencionando los criterios que diferenciaban la severidad de las multas que se impondrían, pero no sus cuantías, los miembros del Comité recibieron un escrito comunicándoles la proporción aproximada de las multas previstas para las distintas empresas, e informándoles de que la cifra definitiva se precisaría oralmente durante la reunión del 23 de junio. Esto es lo que efectivamente se hizo. Extractos del informe de la consulta indican el importe total de las multas previstas para las distintas empresas, al que bastaba aplicar el criterio de reparto que figuraba en el escrito de 30 de mayo para obtener la cifra propuesta para cada una de las empresas implicadas, cifra que, además, fue objeto de críticas por parte de un miembro del Comité. Así se demuestra que dicho órgano tuvo conocimiento, si no a través del anteproyecto de Decisión, al menos a través de las informaciones escritas y orales del importe de la multa prevista en esa fase del procedimiento para cada una de las empresas.

Cabe preguntarse si el secreto que la Comisión quería preservar era indispensable hasta el punto de que fuera necesario el empleo de procedimientos tan complicados; en cualquier caso, hay que admitir que el Comité pudo pronunciarse con conocimiento de causa. Estoy de acuerdo con las demandantes en que el elemento más importante de una Decisión como la que nos ocupa, es el importe de la multa que se imponga, la cual debe estar en función de la duración y de la gravedad de la infracción que se imputa. Sobre estos dos aspectos de la cuestión, el anteproyecto de Decisión exponía el punto de vista de la Comisión, y el anexo lo materializaba mediante un criterio de reparto que establecía la responsabilidad respectivamente atribuida a cada una de las empresas. Desde ese momento, los miembros del Comité Consultivo estaban en situación de prepararse para decidir sobre el fondo del asunto, y, a menos que se ponga en duda sus capacidades, hay que pensar que, en función de los elementos de que ya disponían, pudieron pronunciarse con conocimiento de causa sobre la multa propuesta, incluso si la cuantía en cifras de la misma no se les indicara más que en el momento de la reunión.

- Por último, las consideraciones precedentes, unidas al hecho de que el plazo de 14 días que debe transcurrir entre la convocatoria del Comité y la reunión se respetó con creces, permiten desestimar la objeción de Chemiefarma según la cual el órgano consultado no tuvo tiempo para estudiar el asunto convenientemente.

Así pues, sea cual sea el aspecto bajo el que se presenten, las quejas manifestadas contra la regularidad del procedimiento ante el Comité Consultivo deben, a mi juicio, desestimarse.

D. *Requisitos que ha de cumplir la Comisión al adoptar su Decisión*

Esta se pronunció el 16 de julio de 1969, después de que el Comisario encargado de las cuestiones de competencia le dirigiera una comunicación sobre el asunto, pero sin haber oído a los interesados.

Boehringer, y más claramente aún Buchler, preguntan si la protección de los derechos fundamentales de una persona que puede ser objeto de sanciones tan severas no exigiría que la audiencia tuviera lugar en presencia de los que deben decidir sobre la multa. Si en esto hubiera que ver el enunciado de un motivo que pretendiera impugnar la legalidad del apartado 1 del artículo 9 del Reglamento nº 99/63, podría contestarse que no hay ningún principio que exija dicha audiencia personal.

Estas mismas demandantes impugnan además la regularidad de la Decisión por el hecho de que la Comisión fuera informada sólo de modo insuficiente: sus miembros no tuvieron en su poder el acta definitiva -pero ya he dicho anteriormente que no procedía tomar este hecho en consideración- y no se les comunicó la totalidad del expediente.

La demandada no yerra al subrayar el carácter ineluctable de la división del trabajo en un órgano colegial -y no jurisdiccional- como la Comisión. Para que ésta sea capaz de decidir válidamente, es preciso y suficiente que cada uno de sus miembros haya sido informado de modo completo de los elementos esenciales del asunto -a lo cual respondían la nota introductoria y la comunicación oral del Comisario a cargo de la competencia- y que tenga acceso a la totalidad del expediente. Así se hizo en el presente caso, y por tanto, no puede acogerse la reclamación.

E. *Motivos sobre la fundamentación de la Decisión*

1. Boehringer, que consideraba que la imprecisión del pliego de cargos constituía una infracción del apartado 4 del artículo 19 del Reglamento nº 17, formula la misma crítica, extraída esta vez del artículo 190 del Tratado, acerca de la Decisión impugnada. Pienso que requiere la misma respuesta. En efecto, para que se respete el artículo alegado basta con que los fundamentos indiquen de manera suficientemente precisa los hechos que constituyen las infracciones imputadas; la lectura de la Decisión, que además, sigue de cerca el pliego de cargos, demuestra que ello es así en el presente caso; el motivo, por lo tanto, no puede estimarse.

2. Chemiefarma también alega contra la Decisión de la Comisión vicios sustanciales de forma y formula varias reclamaciones al respecto.

- En primer lugar censura a la Decisión por no haber respondido a ciertas partes importantes de las observaciones que ella presentó en respuesta al pliego de cargos, en especial acerca de las características particulares del mercado de productos farmacéuticos y la inutilidad de la protección territorial.

Si bien, a tenor del artículo 190 del Tratado, la Comisión debe motivar sus Decisiones, las exigencias de dicho artículo se ven satisfechas, según jurisprudencia de este Tribunal, cuando los fundamentos indican de modo claro y coherente las consideraciones esenciales de hecho y de Derecho sobre las que se basa la Decisión, sin que el autor del acto deba pronunciarse sobre todos los puntos que se hayan discutido durante el procedimiento administrativo.

En este caso, la práctica colusoria afectaba únicamente al comercio de los productos de base –quinina y quinidina– que servían para la fabricación de productos farmacéuticos, y no al de las especialidades farmacéuticas; por lo tanto, no había por qué mencionar elementos ajenos al litigio. En cuanto a la protección territorial, la lectura de la Decisión demuestra que ésta expone las razones que llevaron a la Comisión a acusar a los participantes de la práctica colusoria de haber procedido a un reparto de los mercados nacionales.

- Mantiene, por otro lado, que los fundamentos de la Decisión están viciados por contradicciones en lo que respecta en particular a la compensación de las cantidades y al intercambio de cifras de exportación, pero se trata de una simple alegación que no explícita nada de modo claro y que por consiguiente no puede acogerse.

- Para terminar, acusa a la Comisión de limitarse en ciertos puntos a realizar afirmaciones sin justificarlas. Sería el caso, por ejemplo, de la alegación según la cual la práctica colusoria fue perjudicial para los compradores, pero este hecho no se tuvo en cuenta en la Decisión impugnada. Además, cuando Chemiefarma mantiene que la referencia al acuerdo adicional de 1964 no basta para demostrar que aún existía en esa época una política común de precios, está suscitando una cuestión discutida entre las partes, estrechamente relacionada con la existencia de la infracción que se imputa y que por tanto sólo puede valorarse convenientemente durante el examen de la fundamentación de la Decisión.

3. Esta misma demandante mantiene también que la Decisión impugnada difiere en ciertos puntos del pliego de cargos, y en ello ve una infracción del artículo 4 del Reglamento nº 99/63. Si bien con arreglo a este artículo, la Comisión solamente mantendrá contra las empresas destinatarias los cargos respecto de los cuales aquéllas hayan podido manifestar sus puntos de vista, ello no significa que esta Decisión deba reproducir exactamente el pliego de cargos original. Ciertamente, la Decisión no puede referirse a infracciones diferentes a las que

se mencionaban en éste, pero puede presentarlas de modo diverso para tomar en consideración los aspectos revelados durante su discusión. En este caso, la comparación de ambos documentos demuestra que la Decisión no se diferencia de manera esencial del pliego de cargos, y que, en todo caso, si bien abandona ciertos cargos que había formulado en un principio, no contiene ningún cargo que no figurara ya en el pliego. El motivo, por tanto, debe desestimarse.

4. Para terminar, puede vincularse a este motivo de vicios sustanciales de forma la reclamación de Chemiefarma que mantiene que la Decisión impugnada viola un principio general del Derecho según el cual hay que informar a los interesados de las posibilidades de recurso y sobre los plazos impartidos con este fin, lo que no se hizo ni en la Decisión misma ni en la carta que la acompañaba.

Sin duda basta con responder a la demandante que, ya que interpuso su recurso dentro del plazo, carece de interés para suscitar este motivo; pero opino que es preferible zanjar completamente la cuestión. Si bien la norma invocada existe en Alemania, no se conoce de modo general en los otros Estados miembros; por ello no puede considerarse como un «principio general» aplicable en Derecho comunitario en ausencia de norma expresa.

III. La existencia de una infracción del apartado 1 del artículo 85

Después de estas explicaciones más bien largas, puedo abordar ahora el punto central del debate: los acuerdos concluidos por las demandantes y la cooperación nacida entre ellas, ¿constituyen infracciones comprendidas en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85?

Es preciso, para responder a esto, indicar los ámbitos en los que se practicó dicha cooperación dentro del mercado común, precisar qué acuerdos se concluyeron y determinar su naturaleza y su alcance.

A continuación examinaré si la práctica colusoria, una vez instaurada, se mantuvo vigente en su integridad hasta el mes de febrero de 1965, como afirma la Comisión, o si, por el contrario, desapareció o se modificó, en todo o en parte, y, en su caso, en qué fecha.

A. Ya que el informe para la vista expone de modo muy completo los diversos aspectos que presentaba la práctica colusoria, me limitaré aquí a examinar los puntos esenciales. Sin embargo, hay que subrayar enseguida la complejidad de la red de los acuerdos concluidos entre los integrantes de dicha práctica colusoria y la extrema solidez de los lazos que existían de este modo entre ellos.

1. En un primer momento se concluyó un acuerdo de exportación de quinina y quinidina en julio de 1959 entre Boehringer y Nedchem, que excluía formalmente de su ámbito de aplicación a los países del mercado común. Buchler se adhirió a dicho acuerdo en marzo de 1960; más tarde, el 7 de

abril de 1960, las tres demandantes por un lado y las empresas francesas más las dos empresas británicas por otro, concluyeron un acuerdo que regulaba las condiciones de adhesión de las empresas francesas y británicas al acuerdo anterior sobre la quinina. Este, calificado de acuerdo de exportación (Export Agreement), se publicó. Pero el mismo día en la reunión de los integrantes de la práctica colusoria se aprobó el texto de dos gentlemen's agreements, concluidos por las demandantes con el grupo francés por un lado, y con Carnegies y Lake & Cruickshank por otro. En ellos se decidió aplicar las cláusulas del acuerdo de exportación a la totalidad de las ventas a la exportación y, por lo tanto, a las destinadas a los países del mercado común. Su contenido es idéntico, por lo que me referiré a partir de ahora al gentlemen's agreement. Se recogieron por escrito, con fecha de 9 de abril de 1960, pero no están firmados, y sobre todo, son secretos. Más tarde, para ejecutar estos acuerdos, las empresas concluyeron otros, ya en sus reuniones comunes, ya mediante intercambio de escritos, como por ejemplo para fijar en común la fecha y la importancia de las subidas de precio. Hay que añadir por último que las empresas concluyeron acuerdos, no ya en el ámbito de las ventas, sino en el de las compras, relativos a la compra en común de corteza de quinina («bark pool») y a la compra de ciertas cantidades de quinina procedentes de reservas estratégicas americanas («stockpile agreement»).

2. La Comisión expone cuatro puntos en los que la práctica colusoria entre las empresas sería contraria a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85: todos tienen su origen, directa o indirectamente, en el acuerdo de exportación y en los gentlemen's agreements.

- El primer punto es la política de precios. Según el acuerdo, los precios a la exportación de la quinina y de la quinidina debían fijarse por un voto mayoritario. El gentlemen's agreements extendió este sistema a las exportaciones destinadas al mercado común. Este Tribunal sabe que además se adoptaron «directrices» para precisar y uniformizar las modalidades de cálculo de los precios, los requisitos de entrega y de pago, las informaciones que los integrantes de la práctica colusoria debían proporcionar sobre las cantidades vendidas y sobre los ingresos percibidos. Como consecuencia de ello se establecieron hasta finales de 1964 baremos únicos, comunes a todos.

- En segundo lugar viene el reparto del mercado mediante la atribución de cuotas de exportación y la institución de un mecanismo de compensación. El acuerdo de 7 de abril de 1960 atribuye, por lo que a la quinina se refiere, una cuota a cada miembro. Por el contrario, en cuanto a la quinidina que se reservaron las tres demandantes, éstas mantienen las cuotas resultantes del acuerdo que concluyeron el mes anterior. Estas cuotas se extendieron al conjunto de las prácticas colusorias de exportación por efecto del gentlemen's agreement. Lo mismo sucedió con la regla que permitía a una empresa que no hubiera utilizado la totalidad de su cuota vender a otra que hubiera sobrepasado la suya la cantidad correspondiente a un precio determinado. La existencia de ambos acuerdos, uno oficial y otro

secreto, dificultaba el funcionamiento de un mecanismo de compensación; el problema se resolvió del modo descrito en la «Note about the equalization» de 19 de febrero de 1960. Cada partícipe debía comunicar periódicamente a Nedchem el valor y el volumen de todas las ventas por él efectuadas durante el período de referencia por un lado, y de todas las ventas previstas en el acuerdo de exportación por otro. Nedchem calculaba las cantidades que debían compensarse para cada una de estas dos categorías de operaciones y la compensación efectiva tenía lugar con arreglo al gentlemen's agreement.

- El tercer punto en que consiste la práctica colusoria es la protección de los mercados nacionales en provecho de los fabricantes de dichos países. Las empresas francesas insistieron sobre este punto durante las negociaciones que precedieron su adhesión; se aceptó y, durante la reunión de los partícipes de la práctica colusoria de 2 de marzo de 1960, el representante de Nedchem hizo adoptar incluso las modalidades según las cuales podría asegurarse dicha protección sin exponerse a la curiosidad indiscreta de las autoridades encargadas de la competencia.

- Para terminar, último aspecto de los acuerdos concluidos entre los distintos participantes: en el gentlemen's agreement las empresas británicas se comprometieron a no producir quinidina, y las empresas francesas hicieron lo mismo respecto de la producción de quinidina sintética.

El repaso de los puntos en que consistía la práctica colusoria demuestra la estrecha relación existente entre el acuerdo de exportación y el gentlemen's agreement. En primer lugar, desde un punto de vista cronológico: un primer acuerdo sobre las exportaciones concluido en 1958 entre las tres demandantes se extendía al mercado común, y sólo se dio al acuerdo de 1969 un ámbito de aplicación más restringido debido a las observaciones del Bundeskartellamt, pero inmediatamente empezaron los estudios para llevar a cabo las primitivas intenciones a través del camino más discreto del gentlemen's agreement. Las negociaciones para establecerlo tuvieron lugar paralelamente a las discusiones sobre la adhesión al acuerdo de exportación de las empresas francesas y británicas. Relación también en cuanto al fondo, ya que el gentlemen's agreement tenía por objeto extender las distintas cláusulas de dicho acuerdo a las exportaciones destinadas a territorios donde el mismo era ilegal, y tan fuerte era esta relación que, según los propios términos del gentlemen's agreement, la no ejecución de éste constituía en sí misma una ruptura de los acuerdos oficiales; sabemos el partido que Nedchem intentó sacar de esta cláusula en noviembre de 1962.

Se plantean, por consiguiente, dos preguntas.

3. En primer lugar, ¿debe considerarse el gentlemen's agreement como un acuerdo, tal y como hace la Decisión impugnada, o como una práctica concertada? Si bien ambos están previstos en el artículo 85 del Tratado, la distinción no carece de interés,

al menos en el ámbito de la prueba de la infracción. En efecto, con arreglo a la sentencia Gründig/Comisión (asuntos acumulados 56/84 y 58/64,- Rec. 1966, pp. 429 y ss., especialmente p. 496), cuando un acuerdo tiene por objeto restringir, impedir o falsear el juego de la competencia, no es preciso tomar en consideración, para aplicar el artículo 85, sus efectos concretos. No sucede así en el caso de una práctica concertada, la cual, según la opinión dominante, requiere que la concertación se aplique de modo concreto, de manera que hay que demostrar a la vez un comportamiento de hecho de los interesados y por otro lado la existencia de un vínculo entre dicho comportamiento y un plan preestablecido.

Para considerar el gentlemen's agreement de 9 de abril de 1960 como un acuerdo en la acepción del apartado 1 del artículo 85, la Decisión impugnada se basa en el hecho de que, a pesar de su imprecisa denominación, prevé expresamente por escrito disposiciones obligatorias para las partes referidas a su comportamiento en el mercado. Incluso si yo atribuyo menos importancia que la Comisión al hecho de que esté prevista la posibilidad de solucionar los litigios en el marco de un procedimiento de arbitraje, el reconocimiento de la obligatoriedad del gentlemen's agreement se encuentra claramente expresado en la cláusula que estipula que su violación constituye *ipso facto* una violación del acuerdo de exportación. Se dice en la «Note about the equalization» de 19 de febrero de 1960, que el primero de estos actos prevalece sobre el segundo: sería paradójico en estas condiciones denegarle la misma naturaleza. Añadiré que las decisiones del Bundeskartellamt tienden a considerar los «arrangements» de este tipo como auténticos acuerdos en la acepción de la legislación sobre competencia.

Por consiguiente, considero que el gentlemen's agreement constituye realmente un acuerdo que, a todas luces, tiene por objeto restringir la competencia.

4. La segunda pregunta es igualmente delicada: se trata de saber si los lazos que existen entre el acuerdo de exportación y el gentlemen's agreement tienen como consecuencia incluir el primero en el ámbito del apartado 1 del artículo 85. Las demandantes lo discuten. Acusan a la Comisión –en particular Boehringer– de no haber considerado separadamente actos y situaciones diferentes, sobre todo cuando, según la sentencia Gründig/Comisión, la determinación de una infracción debe limitarse a los elementos del acuerdo afectados por la prohibición. Esto valdría, con mayor razón, cuando se estuviera en presencia de dos acuerdos distintos, de contenido y alcance diferentes. Suponiendo que haya habido hechos punibles en el gentlemen's agreement en la medida en que extendía cláusulas del acuerdo de exportación al mercado común, a dicho acuerdo en sí mismo no le era aplicable en cualquier caso el apartado 1 del artículo 85. De cualquier modo, las empresas lo tenían por lícito, de manera que no infringían deliberadamente la prohibición.

Dejemos de lado, por el momento, este último aspecto relativo a la multa. Por lo demás, la Comisión se opone enérgicamente

a la tesis de las demandantes y se niega a considerar separadamente el acuerdo de exportación en razón del vínculo indisoluble que existe entre los distintos acuerdos que no difieren más que en la forma. El sistema, sostiene, constituía un todo indivisible; por consiguiente, sólo le era posible considerar los acuerdos como elementos de un conjunto elaborado intencionadamente y considerar que también al acuerdo de exportación le era aplicable la prohibición enunciada en el apartado 1 del artículo 85. Añade que las empresas que participaban en la práctica colusoria internacional de la quinina representaban en total el 70 % de la producción mundial y que la proporción de las exportaciones destinadas a países terceros en las ventas totales era muy alta; la práctica colusoria, por tanto, no es comparable a los acuerdos que fueron anteriormente objeto de declaraciones negativas por no restringir sensiblemente la competencia dentro del mercado común.

El gentlemen's agreement es absolutamente incomprensible si no se le relaciona con el acuerdo de exportación; así pues, la Comisión tenía que examinarlos conjuntamente. ¿Se desprende de ello que a dicho acuerdo le era aplicable la prohibición prevista en el apartado 1 del artículo 85? Es más dudoso, pero puede admitirse. No tanto a causa de la considerable parte de la producción mundial que representan las empresas participantes en la práctica colusoria, ya que, si bien no se excluye que el acuerdo de exportación a países terceros pueda tener repercusiones dentro del mercado común, la Comisión no intenta demostrar que esto haya sido así en este caso; sino en razón de la conexión evidente entre ambos acuerdos, del conjunto indivisible que constituían. Si la sentencia Gründig/Comisión a la que se refieren las demandantes anuló en parte la Decisión que prohibía los acuerdos, es porque la situación considerada incompatible con el apartado 1 del artículo 85 no era consecuencia «de la acción conjunta de todas las cláusulas del acuerdo ni del efecto global del mismo». Aquí ha sido precisa la conjugación de los dos acuerdos para llegar a la situación que la Decisión que se impugna sanciona.

En una reciente publicación se encontraba la cita siguiente, perteneciente a un autor particularmente eminente: «Las experiencias realizadas por el Bundeskartellamt con la práctica colusoria internacional de la quinina aconsejan, además, asegurarse de que las prácticas colusorias internacionales de exportación que se notifican no se utilicen como marcos para mayores restricciones ilegales». [1] Precisamente porque el acuerdo fue el *marco* en el que se situó el gentlemen's agreement no me parece anormal que sea objeto del mismo trato.

B. Así se presentaba originalmente la cooperación entre las empresas en el seno de la práctica colusoria internacional de la quinina. No obstante, si bien las demandantes admiten que el gentlemen's agreement era contrario a las disposiciones del aparta-

[1] Kurt Markert – Die Anwendung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf internationale Wettbewerbsbeschränkungen, en *Zehn Jahre Bundeskartellamt*, p. 224.

do 1 del artículo 85 y prácticamente no discuten que aquél aún se aplicaba el 13 de marzo de 1962, fecha que se toma en consideración para la determinación de las multas, sí que mantienen, por el contrario, que se le puso término expresa y definitivamente en la reunión de 29 de octubre de 1962, que después de una interrupción casi total el acuerdo mismo de exportación se «suspendió» en la reunión de 14 de octubre de 1963, aplicándose en 1964 sólo esporádicamente, y que aunque las declaraciones de octubre y noviembre de 1963 garantizaron nuevamente la protección de los mercados nacionales, ello constituyó a lo sumo una práctica concertada que no implicó ninguna restricción notable de la competencia, ya que la escasez de materias primas excluía en aquella época toda posibilidad adicional de entregas. La Comisión niega, por el contrario, que se pusiera fin al gentlemen's agreement, todo lo más se suspendió como el acuerdo de exportación, y aún admitiendo que, a causa de esta suspensión, sólo estuviéramos ante una práctica concertada, no por ello las empresas dejaron de convenir que sus comportamientos respectivos debían respetar los acuerdos. En resumen, la Decisión impugnada considera que, sobre los cuatro puntos que he indicado, la política de la práctica colusoria permaneció inmutable hasta principios de febrero de 1965.

1. Hay que examinar, por lo tanto, si y cómo evolucionó la práctica colusoria. Toda la controversia, iniciada en la fase escrita y proseguida en la fase oral, descansa en las interpretaciones contradictorias de las actas de las reuniones de los participantes en la práctica colusoria y de la correspondencia entre ellos en 1962-1963. Antes de referir esta discusión, quisiera recordar el contexto en el que se desarrollaron los acontecimientos.

En general, la entrada en vigor del Reglamento nº 17 exigiendo la notificación antes del 1 de noviembre de ciertos acuerdos, requería decisiones difíciles. ¿Hubiera debido no hacerse nada y aceptarse el riesgo de multa? ¿O poner término a la práctica colusoria? ¿O notificar ciertos acuerdos? Y en ese caso, ¿cuáles? Después de haber consultado a un experto a instancias de un miembro francés, los juristas de las empresas decidieron discutir el asunto en la reunión de los participantes en la práctica colusoria de 21 de septiembre de 1962, y después en la de 29 de octubre. Pero surgieron también problemas internos debidos al contraste de intereses: ciertos participantes exigían el aumento de su cuota, mientras que Nedchem y Boehringer discrepaban acerca de los requisitos para establecer un nuevo bark-pool.

Lo menos que puede decirse es que el análisis hecho por la Decisión que se impugna (nº 10) de la reunión de 29 de octubre de 1962, es una interpretación muy libre del acta que figura en el expediente. Es exacto que, como la Comisión afirma, la reunión se dividió en dos partes: durante la primera, dedicada a las cuestiones jurídicas, se discutió en particular sobre la imposibilidad de presentar el gentlemen's agreement a las autoridades comunitarias y sobre la posibilidad de abandonar el export agreement, contra lo cual se pronunciaron en particular Nedchem y el grupo francés. El acta resume las conclusiones de dicha parte del modo

siguiente: «After a discussion it proves that the export agreement is not cancelled, that all members intend to live in accordance with the gentlemen's agreement and that the meeting hopes to reach an understanding on a new purchase agreement.» [2]

Quedaban por elaborar las cláusulas de dicho acuerdo. Ello resultó imposible a causa de la oposición entre los puntos de vista de Nedchem y Boehringer; el primero sospechaba que el segundo pretendía conservar íntegra la disposición referente a sus aprovisionamientos del Congo y exigía como condición previa a la conclusión del acuerdo la supresión de la prohibición de exportar corteza -prohibición que favorecía a Pharmakina, filial congoleña de Boehringer. El ambiente se enrareció aún más cuando Cruickshank, apoyada por Boehringer, solicitó la revisión de las cuotas, a lo que se opusieron Buchler, el grupo francés y Nedchem.

El acta resume la conclusión de esta segunda parte en los términos siguientes: «A general discussion follows in view of the opposing standpoints in particular as regard quota revision. It is found that no useful purpose would now be served by the lawyers drawing up a purchase agreement and the bark-pool has come to an end. Therefore the original intention to live according to the gentlemen's agreement cannot be kept. Nobody however proposed to cancel the export cartel, apart from this all are free.» [3]

La Comisión estima que «estas declaraciones poco precisas [...] no permiten establecer una conclusión clara», lo que significaría que el gentlemen's agreement no se modificó lo más mínimo. Por el contrario, a mí me parecen tan precisas como contradictorias, y, ya que traducen las conclusiones de las dos discusiones sucesivas, la segunda, lógicamente, debe prevalecer sobre la primera. En la vista la demandada dejó entrever con mayor o menor claridad que dicha acta fue redactada por Nedchem de acuerdo con sus intereses, y que había intentado intimidar a los que solicitaban la revisión de las cuotas amenazándoles con dar por terminado el gentlemen's agreement. Esto es una presunción gratuita, y cabría preguntarse por qué entonces Nedchem no «arregló» también la primera parte para atenuar la contradicción que presentaba en

[2] Se desprende de la discusión que no se pone término al acuerdo de exportación, que todos sus miembros procurarán respetar el gentlement's agreement y que la asamblea espera alcanzar un nuevo acuerdo sobre compra (de corteza).

[3] Sigue una discusión general sobre las opiniones contrarias, en particular acerca de la revisión de las cuotas. Se decide que carecería de sentido que los juristas redactaran ahora un proyecto de acuerdo de compra y que el bark-pool ha finalizado. En consecuencia, no puede mantenerse la intención inicial de mantener en vigor el gentlemen's agreement. No obstante, nadie ha propuesto cancelar el acuerdo de exportación. Al margen de esto, todo el mundo puede actuar libremente.

relación a la segunda. Por último, la Comisión intentó apoyar su tesis en un intercambio de correspondencia de Nedchem con Boehringer y Lake and Cruickshank durante las semanas siguientes. En una circular de 2 de noviembre, Nedchem mantenía que sus dos socios habían infringido el gentlemen's agreement y en consecuencia, también el acuerdo de exportación. Por lo tanto, no podía afirmar al final de la reunión de 29 de octubre que ya no se tendría en cuenta el primero, pero que el segundo continuaba en vigor. En cuanto a Lake and Cruickshank, ésta acusaba a Nedchem, a mediados de noviembre, de haber violado el gentlemen's agreement bajando los precios el 5 de noviembre en Gran Bretaña. Pero este intercambio de acusaciones, presentadas con intención polémica, me parece ofrecer aún menos garantías de sinceridad que el acta de la reunión. Además dicho documento se enviaba habitualmente a los participantes en la práctica colusoria para que éstos pudieran aportar sus rectificaciones en un plazo de quince días, y el expediente demuestra que así ocurrió alguna vez. Nunca se nos ha dicho que uno de ellos hubiera protestado contra lo que se presentaba como decisión unánime; por lo tanto considero que no hay razón para dudar de la exactitud de dicha declaración.

Añadiré que, según la Decisión impugnada (nº 12), se acordó en la reunión de los participantes de la práctica colusoria de 14 de octubre de 1963 que el acuerdo de exportación y los *gentlemen's agreements* continuarían en vigor pero que se suspendía su ejecución. Es cierto que ambas decisiones fueron adoptadas respecto del acuerdo, pero de ningún modo se deduce del acta que esto fuera así respecto del gentlemen's agreement.

2. En estas circunstancias, considero que la única interpretación razonable de la declaración que figura al final del acta de la reunión de 29 de octubre de 1962, es que aquélla implica el fin del gentlemen's agreement. Desde dicha fecha, ya no existe ningún acuerdo formal sobre una práctica colusoria dentro del mercado común. Si, a pesar de todo, hubiera continuado la cooperación tal y como sostiene la Comisión, se trataría de una práctica concertada. Corresponde, en consecuencia, a este Tribunal averiguar cuál fue el comportamiento de las empresas hasta principios de febrero de 1965 en los cuatro ámbitos previstos en los acuerdos y considerados por la Decisión. Según ésta, la cooperación prosiguió hasta la fecha indicada en los cuatro puntos siguientes: la fijación de los precios de venta de la quinina y de la quinidina, el reparto de los mercados nacionales en provecho de los productores de dichos países, la fijación de cuotas de venta y la existencia de un sistema de compensación de las cantidades vendidas, y, por último, las restricciones de fabricación de la quinidina. Éstos son los cuatro puntos que procederé a examinar sucesivamente.

A decir verdad, es sorprendente que a estas alturas del procedimiento, todavía subsistan tantas divergencias e incertidumbres sobre los hechos. El debate se ha limitado durante largo tiempo al ámbito de los principios, y han sido necesarias las respuestas de la Comisión sobre un determinado número de preguntas formuladas por este Tribunal, así

como el subsiguiente intercambio de notas, para que la discusión tomara una dirección concreta. Serán en gran medida los documentos presentados en el transcurso de las últimas semanas los que me permitirán pronunciarme con suficiente grado de certeza.

3. La primera infracción de las disposiciones del artículo 85 que la Decisión imputa a las empresas -y también la que plantea las cuestiones más delicadas- es haber practicado, hasta principios de 1965, una política común de precios para sus exportaciones a determinados países del mercado común donde ninguna de ellas tenía su domicilio social: Bélgica, Luxemburgo e Italia.

Con arreglo a las disposiciones del acuerdo de exportación, que el gentlemen's agreement extendió a todas las ventas, los precios debían fijarse por mayoría, y se acordó que mientras el acuerdo estuviera en suspenso nada se modificaría unilateralmente. Seguidamente, se modificaron de común acuerdo los precios en dos ocasiones: el 12 de marzo y el 28 de octubre de 1964.

Este sistema, según la Decisión impugnada, se aplicó integralmente en los países que acabo de enumerar; la Comisión se niega a considerar los aumentos análogos y simultáneos de los precios como decisiones autónomas que sus autores adoptaron a causa de sus intereses necesariamente idénticos por lo que respecta al aprovisionamiento de materias primas, ya que, desde el cese del bark-pool, sus posiciones en dicho mercado eran divergentes, si no antagónicas. Las demandantes niegan haber practicado la política común de que se les acusa. A decir verdad, no habían vuelto a reaccionar durante el procedimiento administrativo cuando la Comisión había formulado su cargo; fue preciso que la demandada presentara con la dúplica una lista de 72 operaciones destinadas a estos Estados, que comparaba los precios practicados con los precios a la exportación fijados en común: en casi todos los casos, coincidían. A continuación, algunas de las demandantes comunicaron otras listas.

Este Tribunal dispone ahora de un material más abundante, pero, sin embargo, la solución sigue siendo delicada por dos razones. La primera es una cuestión de clasificación. Para saber si debe aplicarse uno u otro precio a una transacción, hay que definir el producto, sus características, su mayor o menor pureza; además, la cantidad expedida, los tipos de embalaje, pueden justificar aumentos o reducciones de los precios de base, todo lo cual es difícil valorar si no se dispone de la factura. La segunda es una cuestión de medida: ¿En qué circunstancias se puede decir que una empresa no se ajusta a un baremo de precios? ¿Bastan para ello algunos casos de desviaciones o se necesita, como yo me inclino a creer, un número de divergencias bastante elevado y que nada puede explicar en buena lógica?

En cualquier caso, en respuesta a las críticas de la Comisión y al cuadro que acompaña a la dúplica, las demandantes adoptaron la siguiente actitud:

- Chemiefarma se limitó a aportar algunas rectificaciones referentes, sobre todo, a la concesión o la denegación de descuentos.

- Buchler proporcionó una lista de 49 entregas de exportación, todas ellas comprendidas entre octubre de 1964 y marzo de 1965. De estas transacciones, 36 se concluyeron con compradores procedentes de países terceros y en mi opinión están excluidas por ello de este debate. Quedan 13 transacciones concernientes al mercado común. La que data de marzo de 1965 debe excluirse en razón de su fecha. Otra implica una rebaja del 10 % en relación al baremo, pero dicha rebaja fue convenida entre los participantes. Todas las demás transacciones son conformes al precio de exportación.

- En cuanto a Boehringer, discutió contradictoriamente con la demandada una lista de 70 entregas correspondientes al período que se extiende desde el 9 de abril de 1964 al 29 de enero de 1965, apoyada por las facturas correspondientes. No entraré en los detalles de dicha discusión y me limitaré a las conclusiones que se desprenden de ella: sólo en el caso de 5 entregas, se comprueba que hubo desviaciones considerables respecto del precio a la exportación a países terceros, que siguen siendo inexplicables.

Hay que observar que ninguna de las demandantes extendió la discusión a una fecha anterior a 1964, y que el número de desviaciones respecto al precio de exportación es demasiado bajo para que pueda estimarse que, efectivamente, como propugna la Decisión impugnada, aplicaron en el período que indica los precios fijados en común a las exportaciones destinadas a los países terceros que he mencionado.

4. La segunda acusación que la Decisión impugnada dirige a las empresas es el haber reservado los mercados nacionales a los fabricantes de esos países. Esta protección fue obra del gentlemen's agreement, pero se renovó en la correspondencia mantenida en octubre-noviembre de 1963 entre los participantes en la práctica colusoria. Si no quiere considerarse dicha correspondencia como un acuerdo, que tendría por objeto compartimentar los mercados nacionales, constituye en todo caso la base de una práctica concertada. Pero entonces hay que responder a la siguiente objeción hecha en particular por Boehringer. Según ésta, dichas declaraciones no pasaban de ser más que un gesto de cortesía, sin alcance real, ya que la situación extremadamente tensa del aprovisionamiento de materias primas imposibilitaba todo aumento de las exportaciones al cual se oponían también obstáculos jurídicos y psicológicos. A esto responde la Comisión que la situación del mercado de materias primas no se modificó esencialmente, durante el período que se toma en consideración para imponer las multas, porque la disminución de las exportaciones de corteza coincidió con la compra del stockpile americano; igualmente el precio de compra de las cortezas se mantuvo más o menos estable hasta 1965. Es cierto que la demandante se basa en notas internas de 1964 provenientes de su departamento de quinina para demostrar que existía una grave escasez de materias primas y que se vio obligada a limitar las entregas de quinina y de quinidina; la Comisión opone a ello

otras notas del mismo servicio considerablemente más optimistas. Puede admitirse que el aprovisionamiento constituya una preocupación constante a causa de su irregularidad, pero no existía escasez. Por otro lado, los obstáculos legislativos y psicológicos que se alegan no permiten explicar ni que el volumen de intercambios se mantuviera tan modesto después de octubre de 1962, ni que los productores nacionales se avinieran a los precios interiores por lo que respectaba a sus entregas. En consecuencia hay que admitir que la cláusula de protección de los mercados nacionales continuó aplicándose durante el período al que se refiere la Comisión.

5. La tercera imputación que contiene la Decisión atañe al sistema de cuotas y al mecanismo de compensación que constituye su corolario.

Conocemos el principio y sus requisitos de funcionamiento. La cuota, al principio establecida en función de las ventas efectuadas durante los tres años precedentes, mantiene la relación de fuerzas tal y como existía en el momento de la constitución de la práctica colusoria, pero al mismo tiempo impide a sus miembros que ejerciten cualquier política individual de venta ya que no pueden modificar sus posiciones respectivas en el mercado de exportación.

Según la Decisión, dicho régimen continuó en funcionamiento incluso después de 1962 y desempeñó un papel decisivo hasta principios de 1965. En efecto, incluso durante el período de «suspensión» de los acuerdos en octubre de 1963, las empresas continuaron comunicándose periódicamente las cifras de sus ventas, lo cual era condición necesaria para que pudiera tener lugar la compensación de las cantidades. Tal vez ésta no constituyera más que una obligación moral y no una obligación legal, tal vez de hecho no tuviera lugar durante dicho período en razón de la coyuntura de mercado, pero potencialmente siempre podía tener lugar a poco que se modificara la situación de éste.

No obstante, la Comisión se declaró incapaz de demostrar que hubiera habido ulteriores entregas de compensación durante el período en litigio, pero añadió que tampoco se había probado lo contrario; lo que importa, de acuerdo con el artículo 85, es que la compensación esté garantizada, no que se realice efectivamente. Como a continuación resultó que después de octubre de 1962 las únicas cuentas presentadas se referían a las ventas a países terceros, la Comisión repone que éstas ofrecen a los interesados una idea suficiente del respeto o inobservancia de las cuotas.

Porque, en definitiva, es este último punto el que importa: si las ventas efectuadas por cada uno de los miembros se presentan conformes a la cuota asignada durante un período suficiente, puede suponerse que ello no se debe al azar, que revela la existencia de una concertación para mantener la situación prevista en el contrato, y tal vez ventas de compensación más o menos disimuladas. La Comisión presentó en la vista un cuadro de las ventas de las demandantes en apoyo a su tesis: para cada una de las tres demandantes se considera la parte que

representan sus ventas en relación al total de las ventas efectivas, y la diferencia entre este porcentaje y la cuota que se le atribuyó. Por ejemplo, para 1963, las ventas de quinina de Nedchem representan el 51,7 % del total de las ventas efectuadas, mientras que su cuota es de 57,3 %. La diferencia, por tanto, es de -5,6 %. En cuanto a Boehringer, las cifras son el 30,8 % y el 25,2 % respectivamente, con una diferencia de +5,6 %. Para Buchler, ambas cifras son idénticas: 17,5 %.

Los cálculos efectuados sobre las mismas bases para 1964 arrojan para Nedchem: 58,3 % y 57,3 %, diferencia +1. Para Boehringer 23,3 % y 25,2 %, diferencia -1,9 %. Para Buchler 18,4 % y 17,5 %, diferencia +0,9 %.

La Comisión estima que, teniendo en cuenta que estas cifras sólo muestran ligeras diferencias, hay que admitir que el mecanismo funcionó y que las cuotas se respetaron.

Estoy dispuesto a aceptar la exactitud de las cifras así obtenidas, pero su modo de presentación es falaz: la diferencia debe calcularse como un porcentaje de la cuota de cada uno y no del total de las cuotas, como hace la Comisión. Si, en 1963 las ventas de Boehringer representan el 30,8 % del total de las ventas efectivas, y su cuota el 25,2 %, la diferencia respecto de dicha cuota no es de +5,6 % sino de +12 %, lo que no es en absoluto despreciable.

También hay que observar que el cuadro presentado por la Comisión sólo se refiere a las ventas de quinina, y que estos mismos cálculos efectuados por Buchler para la quinidina arrojan diferencias mucho más notables.

En resumen: durante el período en litigio, los participantes en la práctica colusoria sólo comunicaban las cifras de las ventas a los países terceros; no está demostrado que entre ellos efectuaran operaciones de compensación; sus cifras de ventas presentan en determinados casos diferencias nada despreciables respecto de la cuota teórica. Por lo tanto, no está demostrado en absoluto que los participantes en la práctica colusoria continuaran aplicando el sistema previsto en los acuerdos; no puede imputárseles ninguna infracción del apartado 1 del artículo 85 por ese motivo.

6. Para terminar, sólo mencionaré para que conste la última infracción que se imputa a los participantes de la práctica colusoria: la prohibición de producir quinidina a los participantes británicos y quinidina sintética a los franceses. Dicha prohibición era, al menos para las empresas francesas, la contrapartida al reconocimiento del mercado protegido de la quinina, y hay que admitir que duró tanto como esta protección. Presentaba un interés que no era sólo puramente teórico, ya que después de la ruptura de los últimos vínculos de la práctica colusoria, una de las empresas francesas empezó a producir quinidina sintética.

7. Por consiguiente, en mi opinión está demostrado que, aparte del sistema de cuotas y de la compensación, las demandan-

tes continuaron ejercitando las prácticas restrictivas que se habían instaurado en 1960 dentro del mercado común después de cesar el gentlemen's agreement. Además, no hay que extrañarse por ello, ya que continuaban ligadas entre ellas por ciertos acuerdos. Por ejemplo, los precios aplicados a las exportaciones destinadas a Bélgica o Italia se habían pactado previamente en las reuniones de los participantes en la práctica colusoria.

A pesar de lo que afirma Chemiefarma, ya no parece discutible que dichas prácticas pudieran afectar al comercio entre Estados miembros; la fijación de los precios y la protección de los mercados nacionales constituían obstáculos para los intercambios que impedían a los compradores beneficiarse del comportamiento que las empresas hubieran podido adoptar si no se hubieran vinculado como lo hicieron.

No parece menos evidente que también tuvieran por efecto impedir o restringir la competencia. Es cierto que Chemiefarma se queja de que la Decisión impugnada no permite determinar el grado de competencia que se estima necesario. Podríamos responder a esta pregunta algo teórica en forma negativa, diciendo que es necesario al menos un sistema que no fragmente los mercados y no imponga precios.

En definitiva, a los acuerdos y prácticas concertadas que he descrito les es aplicable el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

IV. La multa

La Decisión impugnada se basa en el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 según el cual la Comisión podrá imponer multas a las empresas que deliberadamente o por negligencia cometan una infracción a las disposiciones del artículo 85 del Tratado. Este mismo artículo precisa que, para establecer la cuantía de la multa, se tomará en consideración, además de la gravedad de la infracción, la duración de ésta, y que las Decisiones adoptadas sobre el asunto no tendrán carácter penal.

A. Se plantea enseguida una cuestión delicada: la de la *prescripción* de las infracciones a las normas de competencia. El artículo 15 silencia este punto; sin embargo, las demandantes mantuvieron que el principio existente en las legislaciones más o menos análogas de los Estados miembros debía aplicarse de igual modo en Derecho comunitario, y la comparación que llevaron a cabo entre las diversas legislaciones les induce a pensar que las infracciones que se les imputaban habían prescrito. La Decisión impugnada estima, por el contrario, que, incluso admitiendo el principio, entre el cese de la infracción (febrero de 1965) y las verificaciones efectuadas por la Comisión en 1967 entre los participantes en la práctica colusoria, en conformidad con el artículo 14 del Reglamento nº 17, transcurrió un período de tiempo que no puede impedir que se inicie un procedimiento contra los interesados.

- Este Tribunal debe, por lo tanto, decidir si hay que reconocer la existencia de este

principio en Derecho comunitario ante la laguna normativa, y, en caso afirmativo, en qué modalidades.

En primer lugar hay que hacer constar que, por regla general, los distintos ordenamientos jurídicos, y no sólo los de los Estados miembros, contemplan la figura de la prescripción. Dicha institución traslada al plano jurídico una realidad banal, que es que el tiempo lo borra todo, que después de un plazo más o menos largo siempre llega un momento en que, en las relaciones sociales, el pasado ya no puede cuestionarse, y, aunque ese pasado fuera delictivo, mejor es no volver a hablar de él. Pero es siempre el legislador el que, al mismo tiempo que introduce la prescripción, fija sus modalidades de modo preciso en función de las concepciones morales y jurídicas y de las necesidades prácticas y circunstancias de la sociedad en que debe aplicarse.

Las razones que justifican esta institución son igualmente válidas en el sistema del Derecho europeo que está en proceso de elaboración y nada en él impone su exclusión. Ya que el silencio del legislador comunitario no puede interpretarse como un propósito de excluir un principio tan ampliamente aceptado, este Tribunal debe reconocer su existencia y, hasta que la autoridad normalmente competente solucione la cuestión en Derecho positivo, corresponde al Tribunal de Justicia definir sus modalidades de aplicación.

En primer lugar hay que determinar cuál debe ser el plazo de prescripción aplicable en materia de multas.

A este respecto las partes han propuesto a este Tribunal tres soluciones. Se ha dicho que procedía aplicar a cada empresa su ley nacional, como hizo la sentencia Nold de este Tribunal cuando se trataba de apreciar la capacidad procesal. También se ha dicho que había que referirse a las normas adoptadas por las legislaciones de los Estados miembros en materia de competencia y, o bien extraer un denominador común, o bien aplicar la que pareciera más moderna y progresista. En cuanto a la Comisión, ésta considera que el examen de los diferentes Derechos no revela la existencia de ninguna norma común que pueda trasladarse al Derecho comunitario. Debe inferirse del silencio del Reglamento que no se quiso vincular a la Comisión, al menos durante el período inicial, y que se le reconoció la facultad de fijar con mayor precisión, bajo el control de este Tribunal, los límites que no debían superarse. Este sistema, que parece fundarse en la idea de un «plazo razonable» fijado en función de las circunstancias del caso, ha encontrado cierto apoyo en la doctrina. Basándose en la redacción del artículo 15 del Reglamento (la Comisión *podrá* [...] imponer) se ha mantenido que la apreciación del plazo deberá tener en cuenta las particularidades del asunto (gravedad de la infracción, posibilidad o no de reincidencia, actualidad o no, cese espontáneo o no, etc.). [4]

[4] Gleiss and Kleinmann: Keine Verjährung von Ordnungswidrigkeiten im Europäischen Kartellrecht (*Neue Juristische Wochenshrift* 1967, p. 2097).

Sólo podemos obtener una solución satisfactoria remontándonos a la *ratio legis*, considerando al mismo tiempo la función de la prescripción en todo ordenamiento jurídico, la de las multas en la normativa de la competencia, y por último la de la normativa sobre la competencia en el sistema comunitario.

Si bien la seguridad jurídica no es lo que justifica la existencia de la prescripción, aquélla es, sin embargo, inseparable de ésta. No podría admitirse una prescripción que se fijara caso por caso, en función de los elementos propios de cada asunto, sin riesgo de restarle su principal interés. El plazo debe fijarse necesariamente con anterioridad, lo cual exige el sistema del «plazo razonable», e igualmente, la aplicación necesariamente uniforme del Derecho comunitario basta para impedir tratar a cada uno en conformidad con su Derecho nacional.

En segundo lugar, sabemos por el artículo 15 que las multas no tienen carácter penal, y aún si el texto no lo dijera habría que admitirlo, ya que los Estados miembros no han delegado en la Comunidad ninguna competencia penal en sentido estricto. Si bien puede haber infracciones de las disposiciones del artículo 85 que den lugar a multas, ni dichas infracciones son delitos, ni dichas multas, penas. Las multas, a tenor del artículo 87 del Tratado, deben garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en los artículos precedentes, es decir, reprimir las infracciones y al mismo tiempo prevenir su repetición, lo cual explica que, a diferencia de las multas coercitivas, puedan imponerse por hechos que ya han finalizado en el momento en que la Comisión inicia el procedimiento. Además, la cuantía que pueden alcanzar, según el artículo 15 del Reglamento, es extremadamente elevada, lo cual demuestra la gravedad de tales infracciones a ojos del legislador comunitario.

En efecto, es el último punto que queda por considerar, el Derecho de la competencia en este sistema no sólo tiene las funciones que le son generalmente atribuidas en los Derechos nacionales, debe además, y sobre todo, permitir la supresión de las barreras entre Estados y el establecimiento de un mercado común. La Comisión no se equivoca, por lo tanto, cuando piensa que la violación del Derecho de la competencia puede presentar aquí peligros más graves que en los ordenamientos jurídicos nacionales. Para terminar, añadiré que la investigación de las infracciones es tanto más difícil cuanto que la Comunidad depende en gran medida de los Estados miembros, e incluso, como en este caso, de Estados terceros.

En consecuencia, sólo podemos recurrir a las legislaciones de los Estados miembros con extrema cautela, ya que sus normas comunes sólo pueden servir de punto de referencia en la medida en que puedan transformarse en Derecho comunitario, respetando los caracteres propios de éste. No volveré sobre el examen minucioso de las diversas legislaciones contenido en la fase escrita. Baste recordar que implicar diferencias relativas a la existencia misma de un Derecho sobre las prácticas colusorias, al carácter más o menos estricto del

régimen aplicable y a la calificación de las infracciones. Estas diferencias también existen en cuanto a las sanciones y a los plazos de prescripción. Ni unas ni otras se basan en apreciaciones uniformes. Por no tomar más que un ejemplo, las sanciones son más severas en Francia que en los Países Bajos, pero el plazo de prescripción es más largo en este último país (seis años en lugar de tres), al menos cuando la infracción se haya cometido deliberadamente. Como dice la Comisión, «la determinación de los actos punibles, del grado de sanción y del plazo de prescripción, responde a juicios de valor del legislador que el Derecho comunitario no puede corregir». En consecuencia, no existe ningún principio común, y aún menos un principio común que pueda traducirse en Derecho comunitario.

En consecuencia, únicamente deberán tenerse en cuenta en materia de competencia las características propias del Derecho comunitario; las consideraciones precedentes me inducen a considerar que el plazo de prescripción apropiado debería ser más largo que el existente en la mayoría de las legislaciones de los Estados miembros; en mi opinión, el plazo podría ser de *cinco* años. Es inferior al que se aplica en los Países Bajos para infracciones cometidas deliberadamente. Además es el mismo que el que fija el artículo 43 del Estatuto del Tribunal de Justicia CEE para las acciones contra la Comunidad en materia de responsabilidad extracontractual.

– Una vez determinado este punto, hay que establecer qué actos pueden interrumpir la prescripción.

La Decisión impugnada consideró como tales las verificaciones realizadas en las empresas en las circunstancias determinadas por el artículo 14 del Reglamento nº 17. Me parece una opinión correcta. Según dicho artículo, la Comisión puede proceder a cuantas verificaciones considere necesarias en las empresas, a través de los agentes que acredite; el ámbito de estas investigaciones, definido en la misma norma, es muy amplio y los agentes acreditados ejercen sus facultades en base a la *presentación* de un mandato escrito que indique el objeto y la finalidad de la verificación.

De hecho, el mandato, idéntico para las tres empresas, está fechado el 17 de julio de 1967 y firmado, en representación de la Comisión, por el Director General de la Competencia (Boehringer objetó la condición de este alto funcionario, pero considero que la Comisión ha respondido de modo satisfactorio a esta alegación). El documento indica que el funcionario designado tiene la misión de proceder a una verificación en dicha empresa con el objeto de descubrir si las actividades de los participantes en la práctica colusoria internacional de la quinina son o no contrarias a las disposiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado. Precisa que el agente dispone de las competencias previstas en el párrafo primero del artículo 14 del Reglamento y menciona las disposiciones del párrafo primero del artículo 15 relativas a las multas aplicables en caso de presentación incompleta de documentos.

Como la verificación se efectúa ante las participantes en la práctica colusoria y tiene como fin preciso verificar si dicha práctica contraviene las normas del Tratado, puede

comparársela con un acto de instrucción que tiene la propiedad de interrumpir la prescripción.

Por supuesto, para ello es preciso que los interesados conozcan el objeto, el alcance y las posibles consecuencias de la verificación. Las comunicaciones telefónicas que el funcionario haya podido mantener con ellas previamente no me parecen suficiente prueba; por el contrario, la presentación del mandato previsto en el artículo 14 garantiza normalmente el respeto de dicho requisito. Hay que observar que Buchler niega en su réplica «que el funcionario [...] justificara su condición ante la demandante presentándole un mandato escrito de verificación firmado por el Director General», pero esta objeción resulta extemporánea ya que la empresa no alegó nada de ello al responder al pliego de cargos, el cual se refería a las verificaciones hechas con arreglo al artículo 14.

Lo que acabo de decir lleva a admitir lógicamente que la prescripción puede interrumpirse en una fecha distinta para cada empresa según el día en que se les notificara el mandato de verificación. Dichas fechas son el 17 de julio de 1967 para Nedchem, el 9 de noviembre de 1967 para Buchler y el 15 de noviembre de 1967 para Boehringer, respectivamente. Esta diferencia es de lamentar, dado que se trataba de perseguir las actividades de una misma práctica colusoria en la que las tres empresas habían participado, pero no veo modo de eliminar este inconveniente. Dicha diferencia tiene la curiosa consecuencia de que si admitimos, como yo pretendo proponer a este Tribunal, que el gentlemen's agreement finalizó el 29 de octubre de 1962, la infracción que a él se refiere ha prescrito para Buchler y Boehringer, pero no para Chemiefarma. Sin embargo, dado que este Tribunal tiene competencia jurisdiccional plena, está sin duda facultado para fijar una multa a cada uno en función de sus propias responsabilidades, ignorando cualquier anomalía de carácter puramente accidental.

Queda un último punto. Desde la desaparición del gentlemen's agreement, la práctica colusoria que restringía la competencia subsistió en forma de práctica concertada o, más bien, de una serie de prácticas concertadas que afectaban a los precios, el reparto de mercados y la limitación de la producción de quinidina. Ya que la infracción presupone la existencia de un comportamiento concreto, cada tipo de restricción de la competencia efectuada en el marco de una práctica concertada debe considerarse separadamente a efectos de la prescripción.

Si este Tribunal ha seguido mi razonamiento, habrá comprobado que, salvo en lo referente al gentlemen's agreement para los asuntos 44/69 y 45/69, las infracciones no han prescrito. En consecuencia hay que pronunciarse sobre la multa.

B. Dicha multa presupone que la infracción se haya cometido *deliberadamente* o por negligencia.

No me extenderé sobre este punto.

A partir del día en que, después de haber modificado un acuerdo para adecuarse al

requerimiento del Bundeskartellamt, las sociedades demandantes comenzaron a discutir el proyecto de gentlemen's agreement, no pueden oponer su buena fe. Su culpabilidad resulta tanto más evidente en cuanto que, poco después de la entrada en vigor del Reglamento nº 17, se les llamó la atención sobre la ilegalidad de la práctica colusoria desde el punto de vista del Derecho comunitario.

En cuanto al importe de la multa, según el artículo 15, hay que tener en cuenta la gravedad y la duración de la infracción. La Comisión explica de modo claro y completo las consideraciones en que se basó en este punto y su Decisión no merecería ningún comentario si no hubiera incluido entre los acuerdos que provocaban restricción de la competencia en sus aspectos esenciales, los relativos a la determinación de las cuotas y de las compensaciones cuantitativas, sobre los que ya he dicho que, en mi opinión, habían dejado de aplicarse al término del gentlemen's agreement.

La Decisión determina, según los criterios expuestos en la fase oral y que son admisibles, la multa que debe imponerse a cada una de las empresas. A este respecto, la Comisión ha sido objeto de tres tipos de críticas: haber impuesto multas severas la primera vez que aplicaba una sanción, aunque puede ser deseable dar inmediatamente a la multa todo su poder de disuasión; haber fijado un importe total de 500.000 unidades de cuenta procediendo a continuación a distribuirlo entre las empresas, en lugar de determinar las multas individualmente: ello no es ilegal si el reparto se hace teniendo en cuenta de modo razonable la situación respectiva de cada una de las empresas, lo que en mi opinión se cumplió; por último, cada una de las tres demandantes se quejan de haberse visto desfavorecidas respecto de las otras dos. El carácter contradictorio de sus reclamaciones ya pone en tela de juicio su procedencia. Más concretamente, la fijación de cuantías muy próximas para las multas impuestas a Nedchem y Boehringer (210.000 y 190.000 unidades de cuenta respectivamente) me parece justificada. En efecto, si bien la primera se pronunció en repetidas ocasiones a favor de precios relativamente bajos, ejercía una influencia preponderante en el seno de la práctica colusoria y controlaba una parte muy importante del mercado de los productos en litigio; en cuanto a la segunda, gozaba de una situación de superioridad para el aprovisionamiento de materias primas. Por diversos motivos, su situación y su responsabilidad pueden considerarse bastante similares. En cuanto a Buchler, la multa de 65.000 unidades de cuenta, inferior a lo que correspondería a su cuota, tiene suficientemente en cuenta su reducida influencia en el ámbito de la práctica colusoria.

Sin embargo, a nivel más general, la Decisión engloba entre las infracciones que restringen la competencia hasta principios de febrero de 1965 la cuestión de las cuotas. Éstas eran un elemento importante de los mecanismos que restringían la competencia en el mercado común; por lo tanto, pienso que procedería reducir las multas impuestas en un porcentaje idéntico para todas, que podría ser el 20 %.

Para terminar recordaré que Boehringer, que fue condenada a una multa de 80.000 USD por un órgano jurisdiccional americano por infracción de las leyes «anti-trust», y que Buchler, que tiene un proceso pendiente ante un Juez americano por el mismo motivo, solicitan ambas que pueda deducirse de la multa impuesta por la Comisión la que ha sido o será establecida por la justicia de los Estados Unidos. Por diversas razones, este Tribunal no puede, de momento, pronunciarse sobre dichas peticiones.

En los asuntos 41/69, 44/69 y 45/69 propongo que:

- La cuantía de la multa impuesta por la Decisión de la Comisión de 16 de julio de 1969 a la sociedad Nederlandse Combinatie voor Chemische Industrie y a las sociedades Boehringer Mannheim y Buchler se reduzca un 20 % respectivamente.

- Se desestimen las demás pretensiones de los recursos.

- Que en cada asunto la demandante se haga cargo de las 4/5 partes de las costas y la Comisión del resto.